

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

La tutela del whistleblower tra etica e pragmatismo. La logica premiale del modello statunitense: un modello da importare?

di Valentina Maria Donini

(Ricercatrice di diritto privato comparato, docente di prevenzione e contrasto alla corruzione, Scuola Nazionale dell'Amministrazione, Roma.)

Sommario

1. Introduzione: la comparazione giuridica per scegliere la "soluzione migliore" – 2. La premialità nella cultura giuridica anglosassone. – 3. Cenni storici: il writ of *qui tam* nel diritto inglese. – 3.1 Il whistleblower nell'attuale disciplina inglese – 3.2 Ipotesi di premialità nel diritto inglese? – 4. La tutela del whistleblower negli Stati Uniti. – 4.1 I primi whistleblower negli USA. – 4.2 Il False Claims Act, origine ed evoluzione. – 4.3 Tutela del lavoratore. – 4.4 La tutela del whistleblower nel settore privato. – 5. Considerazioni conclusive

Abstract

In the long-standing discussion on the functions and purposes of comparative law, the possible improvement of national law deserves particular attention. Moreover, the study of foreign rights can be a prerequisite for any reforms of national law, in order to "see which is the best, the most suitable".

Assuming that in our legal system the protection of the whistleblower is struggling to take off for a whole series of reasons (first of all for a cultural resistance, but also for the fear of a distorted use of the institution), we must ask ourselves if it is not necessary a reform of the current regulatory framework, especially considering that Italy has not yet implemented the Community Directive 2019/1937 concerning the protection of persons who report violations of Union law, despite the deadlines expiring in December 2021.

** Il presente contributo è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blind peer review.*



1. Introduzione: la comparazione giuridica per scegliere la "soluzione migliore".

Nell'annosa discussione sulle funzioni e scopi del diritto comparato¹, il possibile miglioramento del diritto nazionale merita un'attenzione particolare. Del resto, lo studio dei diritti stranieri può essere propedeutico a eventuali riforme del diritto nazionale, allo scopo di "vedere quale sia il migliore, il più adatto"².

Partendo dal presupposto che nel nostro ordinamento la tutela del *whistleblower* stenta a decollare per tutta una serie di motivi (*in primis* per una resistenza di ordine culturale, ma anche per il timore di un uso distorto dell'istituto), dobbiamo domandarci se non sia necessaria una riforma dell'attuale assetto normativo, soprattutto considerando che l'Italia non ha ancora recepito la Direttiva Comunitaria 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione³, nonostante i termini siano scaduti nel dicembre 2021.

In questo contesto, è opportuno domandarsi se esiste un modo per rendere l'istituto più attraente agli occhi dell'opinione pubblica, attraverso una riforma che tenga conto di quello che succede negli altri ordinamenti, alla ricerca appunto delle "soluzioni migliori".

La tutela del *whistleblower* è oggi un'esigenza ampiamente affermata a livello internazionale, sia in termini di *hard law*, sia di *soft law*.

Si pensi in primo luogo alla Convenzione ONU contro la Corruzione del 2003 o alla Convenzione Civile sulla Corruzione del Consiglio d'Europa del 1999⁴: due testi che dispongono esplicitamente l'obbligo per gli Stati membri di prevedere meccanismi di tutela per i dipendenti (o per "tutte le persone", come dispone in senso decisamente più ampio l'art. 33 della Convenzione ONU del 2003) che segnalano fatti di corruzione⁵. Nell'ambito della *soft law*, non si possono ignorare la Raccomandazione *Anti-Bribery* dell'OCSE del novembre 2021 (XXI) e la Raccomandazione sull'integrità

¹ Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980. Vedi anche tra gli altri, T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 43; R. DAVID, J. SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1998; L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, 2000; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, 2019.

² G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, XI, 1989, p. 6, che poi prosegue specificando che "all'uopo si tiene conto della situazione socio-economica-politica o *latu sensu* culturale, del proprio paese (quello del diritto nazionale) e di quella del paese o dei paesi stranieri, e si comparano queste due situazioni (...). Tali valutazioni, all'occorrenza, son da fare fra più diritti stranieri, fra cui scegliere, quando più diritti stranieri siano da prendere in considerazione per le riforme di quello nazionale".

³ Direttiva che innalza le tutele già previste dalla normativa italiana, creando quindi l'esigenza di un adeguamento ai nuovi standard di protezione.

⁴ Ratificata in Italia la prima con l. 116/2009, la seconda con l. 110/2012.

⁵ Ma a livello globale vanno citati anche la Convenzione interamericana contro la corruzione (art. 3), la Convenzione dell'Unione Africana sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione (art. 5), e il Piano d'Azione anticorruzione per Asia e Pacifico (pilastro 3).

nel settore pubblico del 2017 (principio 9)⁶. Vanno inoltre citati i cosiddetti Principi di Tschwane, *The Global Principles on National Security and the Right to Information*, pubblicati nel 2013⁷, e i lavori dell'*Anti-Corruption Working Group* (ACWG) nell'ambito del G20, che si sono svolti nel 2021 con la Presidenza italiana.

La tutela del *whistleblower* trova fondamento in un duplice approccio, da una parte ovviamente come strumento fondamentale per la lotta alla corruzione⁸, dall'altra come manifestazione del principio di libertà di espressione⁹, intesa sia come diritto di poter parlare senza paura, sia del diritto delle persone di essere informate, in base al principio di trasparenza¹⁰.

Tuttavia, dato che a livello internazionale confluiscono sensibilità culturali e tradizioni giuridiche diverse e considerando anche come il tema sia ancora oggi

⁶ Raccomandazioni che aggiornano rispettivamente quella *Anti-Bribery* del 2009, e la Raccomandazione del 1998 sul miglioramento della condotta etica nel servizio pubblico.

⁷ Interessante esempio di *soft law* che ha visto la convergenza di 500 esperti da circa 70 paesi. Sul tema della tutela del *whistleblower* si vedano in particolare i Principi 40, 41 e 43.

⁸ R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, p. 3; N. PARISI, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, 2016, p. 191; D.U. GALETTA, P. PROVENZANO, *Il whistleblowing come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella P.A.*, in *Federalismi.it*, 18, 2020; M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n.179*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2018, p. 61; A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna: il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione da responsabilità degli enti*, Pisa, 2019; A. SITZIA, S. RIZZATO, *Il «lanceur d'alerte», alias «whistleblower», tra lotta alla corruzione, trasparenza e «parresia»*, in *Amministrare, Rivista quadrimestrale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione pubblica*, 3, 2018, pp. 399-430; F.M. PERRONE, *Il whistleblowing da adempimento burocratico ad opportunità di promozione di una cultura etica nella P.A.*, in un necessario passaggio da un sistema di regole ad un sistema di valori, in *Amministrativamente*, 1-2, 2017. Vedi anche V.M. DONINI,

La tutela del whistleblower tra resistenze culturali e criticità legislative, in *Penale.Diritto e procedura*, 2021, n. 4, pp. 759-778.

⁹ Sul punto cfr. ad esempio L. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione*, in *Rivista semestrale di diritto*, 1, 2019, pp. 49-61; N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *Federalismi.it*, 8 maggio 2019; M. DI RIENZO, *La parresia del whistleblower. Il coraggio della verità e le convergenze pericolose*, in *"Azienditalia"*, 10, 2021, pp. 1739-1749; D. VOORHOOF, *The right to freedom of expression and information under the European Human Rights system: towards a more transparent democratic society*, EUI RSCAS, 2014/12, Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF); W. VANDEKERCKHOVE, *Freedom of expression as the "broken promise" of whistleblower protection*, in *La Revue des droits de l'homme*, 10, 2016; A. MANSBAC, *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia*, in *Whistleblowing and Democratic Values*, 2011.

¹⁰ Sulla trasparenza in Italia, e il suo passaggio da *need to know* a *right to know*, grazie alla rivoluzione introdotta dall'accesso civico generalizzato, che ha importato nel nostro ordinamento il sistema del FOIA, cfr. il parere n. 515/2016 del Consiglio di Stato, Sez. consultiva atti normativi, sullo schema di decreto introduttivo che ha modificato il d.lgs. 33/13. In dottrina, cfr. ad esempio N. PARISI, *La trasparenza amministrativa, strumento di prevenzione della corruzione*, in AA.VV., *La trasparenza impossibile*, Milano, 2019, pp. 14-32; F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, pp. 17-28; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2016, pp. 579-622; A. AMODIO, *Il principio di trasparenza e il procedimento amministrativo: dal diritto di accesso documentale al diritto di accesso civico*, in *Amministrativamente*, 1-2, 2018, pp. 3-18.

altamente divisivo¹¹, nonostante lo standard minimo fissato dai testi internazionali, si riscontrano differenze anche sostanziali tra i diversi ordinamenti¹².

Anche l'Italia ha dovuto adeguarsi agli impegni internazionalmente assunti, ma il dibattito nel nostro ordinamento è stato particolarmente aspro e complicato da resistenze di ordine culturale, per cui quasi inevitabilmente (ma erroneamente), la segnalazione viene ancora assimilata, nell'immaginario collettivo, alla delazione¹³.

Il primo embrionale tentativo di codificazione della disciplina è quindi arrivato forse tardi rispetto ad altri paesi europei, grazie all'articolo 1(51) della legge 190/2012 che, prevedendo l'inserimento di un nuovo art. 54 bis al d.lgs. 2001/165, ha introdotto nel nostro ordinamento la tutela del dipendente che segnala fatti illeciti. È successivamente intervenuta in modo più sistematico e ampio la legge 179/2017, espressamente dedicata alla "tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato".

La Direttiva 2019/1937 ha ulteriormente innalzato le tutele previste per il *whistleblower*, ma al momento, nonostante siano scaduti i termini nel dicembre 2021, il legislatore italiano non ha ancora proceduto al suo recepimento.

Va subito chiarito che tanto il diritto italiano, quanto quello comunitario, condividono un approccio etico nei confronti dell'istituto, considerato espressione di senso civico e integrità del dipendente, che decide di sacrificare la sua tranquillità e il suo benessere personale per salvaguardare il bene comune, l'interesse collettivo. Lo Stato in cambio si impegna a proteggerlo, sotto due profili.

In primo luogo, il *whistleblower* ha diritto alla riservatezza della sua identità, il che però non vuol dire anonimato: le segnalazioni anonime non sono quindi ricomprese nell'ambito applicativo dell'art. 54 bis, e la loro considerazione è rimessa alla scelta della singola amministrazione¹⁴.

¹¹ Cfr. N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Lavoro, diritti, Europa*, 2, 2020, p. 5.

¹² A partire dalle fonti: ci sono ordinamenti dove la tutela del *whistleblower* è disciplinata in modo organico e sistematico in apposite leggi, ad esempio la Legge giapponese 122/2004, la Legge sudafricana 26/2000 o il PIDA britannico del 1998, come si vedrà *infra*, oltre alla legge italiana 179/2017. Ci sono invece ordinamenti che non presentano una disciplina unitaria, e la tutela del *whistleblower* è prevista da diversi testi normativi, come nel caso statunitense, e altri in cui la tutela del *whistleblower* è inserita marginalmente in normative di settore, come ad esempio la legge anticorruzione della Corea del Sud del 2009, o la normativa sul pubblico impiego canadese (2005).

¹³ Ma dovrebbe essere evidente che si tratta di situazioni completamente diverse: il delatore con la sua denuncia (fatta per lucro o vendetta) persegue un interesse personale secondario e commette il reato previsto dall'art. 367 del Codice penale, mentre il *whistleblower* segnala un fatto illecito nell'interesse dell'integrità dell'amministrazione: quindi non per fini personali, ma al contrario sacrifica la sua tranquillità individuale nel nome di un interesse superiore primario, cioè quello pubblico.

¹⁴ È evidente che se la segnalazione è anonima non solo non si è in grado di accertare lo status di dipendente pubblico di chi segnala, ma soprattutto non esiste alcun *whistleblower* da tutelare. Il fatto che però le segnalazioni



Inoltre, con la sua segnalazione il *whistleblower* non deve subire ritorsioni o atti discriminatori sul posto di lavoro. Se il modello italiano si limita a prevedere una tutela giuridica, la Direttiva va ben oltre, prevedendo anche un sostegno finanziario e psicologico al *whistleblower*, e questo forse rappresenta non solo la principale differenza tra i due strumenti, ma anche la principale difficoltà per l'Italia che finora, su questi temi, ha sempre disposto la clausola di invarianza finanziaria.

In ogni caso va sottolineato come questo sostegno finanziario sia diretto solo a evitare che sul *whistleblower* gravino oneri eccessivi come appunto spese legali o spese mediche, correlate allo stress subito dal segnalante.

In nessun caso è previsto nella Direttiva una ricompensa al segnalante, dal momento che la logica che sottintende l'istituto è il desiderio di contrastare la corruzione, intesa nel senso più ampio, come *mala gestio*, e non ottenere alcun tipo di vantaggio personale.

Purtuttavia, nulla impedisce che i singoli Stati membri possano disporre diversamente, e quindi non è velleitario chiedersi se nella trasposizione della Direttiva non si possa ricorrere nel nostro ordinamento anche alla recezione di un meccanismo premiale.

Occorre valutare, quindi, se un'eventuale premialità per il *whistleblower* possa considerarsi o meno un valido incentivo alle segnalazioni per permettere all'istituto di "decollare" anche in Italia, partendo dall'analisi di due modelli giuridici contrapposti: da una parte quello statunitense, spesso citato come esemplare, che si fonda proprio su una logica premiale, dall'altra quello attuale inglese, che si fonda invece sulla dimensione esclusivamente etica del *whistleblowing*, come finora previsto anche dal nostro ordinamento.

La scelta di concentrarsi anche sul modello inglese (che in linea di principio, sul tema della premialità non differisce da quello italiano) nasce dall'esigenza di spiegare come si è arrivati nel diritto statunitense a prevedere la ricompensa al *whistleblower*, dato che la genesi di questo meccanismo affonda le sue radici nella *common law* inglese. Inoltre, il modello inglese rappresenta sicuramente un interessante termine di paragone, dal momento che, mentre nella maggior parte dei paesi europei (compresa l'Italia) il dibattito sul *whistleblowing* si è sviluppato relativamente di recente, il Regno Unito è stato uno dei primi paesi a dotarsi di una pionieristica normativa in materia.

2. La premialità nella cultura giuridica anglosassone.

Il pragmatismo che contraddistingue il sistema giuridico di *common law* si manifesta in questo ambito nella premialità prevista per il segnalante, premialità che, come si

siano ancora molto spesso anonime, e che le amministrazioni scelgano comunque di prenderle in considerazione, è sintomo di una generale sfiducia nei confronti del sistema.



vedrà a breve, affonda le sue radici in un istituto antichissimo del diritto anglosassone, il *writ of qui tam*.

Tuttavia, se il diritto inglese oggi ha quasi del tutto abbandonato la premialità e le azioni *qui tam*, per avvicinarsi così al modello "etico" europeo, gli Stati Uniti, invece, mantengono ancora oggi questa logica premiale¹⁵.

La logica premiale in materia di *whistleblowing* è indubbiamente un argomento complesso che polarizza il dibattito in modo molto netto: da una parte chi ritiene che il *whistleblower* dovrebbe essere ricompensato per il rischio che si assume con la sua denuncia, dall'altra chi considera la segnalazione un obbligo civico e morale: un atto di "resistenza etica"¹⁶ per il quale non è necessario alcun compenso.

Gli Stati Uniti propendono da sempre per una visione economica e pragmatica del *whistleblower*, considerando che non solo la ricompensa incentiva la segnalazione¹⁷, ma può contribuire anche ad aumentare la consapevolezza sul tema, dal momento che più persone segnalano, più il sistema si diffonde¹⁸. E ciò produce un evidente beneficio per lo Stato dal momento che il *whistleblowing* è uno strumento più efficace ed economico rispetto ai tradizionali metodi investigativi¹⁹.

Il modello statunitense non ha avuto a oggi una grande diffusione: sono pochi, infatti, i paesi che condividono la logica premiale. Tra questi ad esempio Canada, Corea del Sud e Ghana, mentre in altri paesi la ricompensa è prevista solo nell'ambito circoscritto dell'antitrust²⁰, come ad esempio in Ungheria o Pakistan (ma si tratta di percentuali irrisorie), o dell'evasione fiscale, nel caso di Singapore.

Nel vecchio continente, compreso il Regno Unito, si condivide invece l'approccio etico-morale che esclude ogni premialità, temendo che questa possa minare tutta la

¹⁵ In realtà va anche precisato che la premialità, come affermata nel sistema statunitense, può assumere due aspetti diversi: può essere una ricompensa forfettaria, come quella prevista dai cosiddetti *bounty schemes*, cioè denaro in cambio di informazioni (*cash for information*), come previsto dal *Dodd-Frank Act*, oppure, in base all'azione *qui tam*, come sopravvissuta ancora oggi nel modello statunitense del *False Claims Act*. Sul punto vedi *infra*.

¹⁶ Cfr. M.P. GLAZER, P.M. GLAZER, *The whistleblowers: Exposing corruption in government and industry*, New York, 1989, p. 304.

¹⁷ Secondo B. FRANKE, H. MOSER, D. SIMONS, *A Carrot Without a Stick -The Effect of Monetary Rewards on Corporate Whistleblowing*, in <https://ssrn.com/abstract=2822313>, 2020, il potenziale *whistleblower* prima di decidere se esporsi o meno effettua una vera e propria analisi di costi e benefici, in cui la consapevolezza precede l'azione, e la presenza di una ricompensa diventa determinante per lenire i danni, inevitabili, che si subiranno, che non sono solo quelli più manifesti (azioni ritorsive) ma anche quelli più difficili da individuare, come ad esempio il rallentamento della carriera.

¹⁸ Va considerato che negli USA viene dato ampio risalto mediatico al fenomeno del *whistleblower* e ancora di più alla ricompensa. Inoltre, la ricompensa avrebbe come secondo effetto virtuoso il fatto di contribuire a cambiare nell'opinione pubblica la considerazione del *whistleblower* troppo spesso stigmatizzato come traditore.

¹⁹ Y. GIVATI, *A Theory of Whistleblower Rewards*, in *The Journal of Legal Studies*, 45, 1, 2016, pp. 43-72.

²⁰ Come vedremo anche a proposito del diritto inglese, cfr. *infra*.

credibilità dell'istituto, e che il sistema possa essere messo in crisi da segnalazioni false²¹.

Non solo: i critici della premialità considerano anche altre due situazioni "pericolose". Da una parte il rischio di segnalazioni "opportunistiche", non del tutto false, ma magari ritardate per aspettare che la violazione diventi più grave e di conseguenza la ricompensa (che è proporzionale alla gravità della violazione) maggiore. È evidente come in questi casi verrebbe meno ogni dimensione etica dell'istituto.

Dall'altra, va considerata anche la possibilità di accordi clandestini tra *whistleblower* e potenziali segnalati, allo scopo di evitare una segnalazione e conseguente danno reputazionale, dietro pagamento di una somma di denaro (in pratica, un ricatto). Per non parlare del clima di generale sfiducia che si può creare sui luoghi di lavoro.

Per tutti questi motivi, l'approccio etico, che potremmo definire "europeo", contrapposto invece al pragmatismo statunitense, attualmente preferisce optare al massimo per un riconoscimento formale al valore del *whistleblower* piuttosto che una ricompensa materiale, per cercare di creare rispetto e ammirazione verso chi decide di segnalare, e contribuire in questo modo a quel necessario cambio di prospettiva per cui il *whistleblowing* non è più considerato un atto di slealtà, ma al contrario, espressione di responsabilità democratica²². E tutto ciò produrrebbe comunque l'effetto virtuoso di incentivare le segnalazioni.

Superfluo ricordare però che la premialità non deve essere confusa con il diritto al risarcimento in caso di danni, che invece viene sempre riconosciuto, anche nel modello europeo.

3. Cenni storici: il *writ of qui tam* nel diritto inglese.

Il *writ*²³ *of qui tam* è un'azione prevista dal diritto inglese per consentire al cittadino di agire in giudizio per conto del re. Questa azione prende il nome dal brocardo romano

²¹ È dimostrato infatti che più aumentano le ricompense, più aumenta il numero di segnalazioni mendaci (cfr. GIVATI, *op. cit.*, FRANKE, MOSER E SIMONS, *op. cit.*).

²² Come sancito esplicitamente dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2014, Principio 2, punto 41 (CM/Rec(2014)7).

²³ Il *writ* (in latino *brevis*) era l'ordine del sovrano a un ufficiale regio, redatto in forma di lettera, scritto in latino su pergamena e munito di sigillo reale. In pratica erano le istruzioni che indicavano all'ufficiale, di solito lo *sheriff*, quello che doveva fare. Un *writ* poteva ordinare allo *sheriff* di convocare l'imputato per illustrare la causa, di confiscargli la proprietà o di scegliere i membri della giuria e così via. Da un punto di vista politico, il *writ* era lo strumento che permetteva alla giustizia del re di operare e di inserirsi nelle corti locali per esautorarle. Da un punto di vista giuridico, il *writ* era lo strumento procedurale imprescindibile per la tutela del diritto: così come nel diritto romano vigeva la regola *ubi remedium ibi ius*, nel diritto inglese si afferma il principio per cui *remedies precede rights*, o ancora più esplicitamente: *where there is no remedy there is no wrong*. Di conseguenza, non può esistere un diritto soggettivo se non c'è un *writ* corrispondente che lo rende azionabile. Cfr. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo*, Bologna, 2011, pp. 386-387.



"qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur", cioè "colui che agisce tanto per il sovrano quanto per se stesso".

L'origine dell'azione *qui tam*, infatti, affonda le sue radici nel diritto romano²⁴, che prevedeva che i privati cittadini potevano trasformarsi in *indices*²⁵ e *delatores*, portando a conoscenza delle autorità giudicanti un reato, in modo da contribuire alla lotta alla corruzione e alla criminalità. Nel caso specifico del *delator*, ai sensi della *Lex Iulia maiestatis* voluta da Augusto nell'anno 8 a.C. questi poteva ricevere fino a un quarto dei beni del condannato, come "ringraziamento" per la sua collaborazione.

Il diritto anglosassone prevedeva una regola simile: una prima manifestazione risale addirittura al 695, quando il re di Kent dispose che chi avesse violato il divieto di lavorare nei giorni proibiti (dal tramonto del sabato al tramonto della domenica), avrebbe subito una sanzione pecuniaria, ma chi avesse denunciato gli eventuali trasgressori, sarebbe stato ricompensato con la metà dell'ammontare della multa e con gli eventuali proventi del lavoro illecito²⁶.

Si introduceva in questo modo un sistema di controllo sociale, incentivando i cittadini a denunciare eventuali violazioni dietro la promessa di una ricompensa. È evidente come la *ratio* di una norma di questo genere sia agli antipodi rispetto alla logica che sovrintende oggi la tutela del *whistleblower* nel modello europeo, ma occorre considerare il contesto sociale e giuridico molto diverso²⁷.

Nell'Inghilterra medievale, infatti, era molto difficile per l'autorità centrale far applicare la legge (la *common law*) nelle periferie del regno, dove i signori locali tendevano ad accentrare poteri e prerogative. Il conflitto tra corona e nobiltà locale dava quindi vita a tutta una serie di storture anche sul piano giuridico. Per questo motivo il Parlamento cercava un modo per assicurare il rispetto della *common law* anche dove il re non poteva materialmente intervenire e l'applicazione della giustizia era nelle mani di pubblici ufficiali a volte disattenti, distratti o incapaci, e a volte in

²⁴ Ma non si deve dimenticare la figura del *sukophantai* (sicofante) prevista dal diritto dell'antica Grecia. Cfr. D. HARVEY, *The Sykophant and Sykophancy: Vexatious Redefinition?*, in P. CARTLEDGE, P. MILLETT, S. TODD, *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge, 1990, pp. 103-121; R. OSBORNE, *Athens and Athenian Democracy*, Cambridge, 2010; F. FRISONE, *La polis greca: gli anticorpi della comunità solidale fra pentitismo e delazione*, in *Iuris Antiqui Historia: an International Journal on Ancient Law*, 3, 2011, pp. 17-31.

²⁵ In un primo momento l'*index* era colui che dietro promessa di impunità denunciava fatti illeciti in cui era coinvolto. Questa definizione è rimasta valida per l'età monarchica e repubblicana, mentre successivamente, dal II secolo a.C. in poi, nell'ambito delle *quaestiones publicae* (che implicavano cioè un danno all'intera comunità, al bene comune, diremmo oggi) si è distinta la posizione dell'*index* (quindi un complice pentito, un correo dissociato) da quella del *delator* pubblico accusatore, un informatore non coinvolto che denuncia al magistrato un delitto nel quale non è coinvolto. Termine che all'epoca era scevro dall'accezione negativa che lo ha invece caratterizzato successivamente dall'epoca imperiale in poi, quando il delatore diventa chi denuncia solo per lucro, servilismo, vendetta od opportunismo, sebbene anche in tempi successivi si nota una sovrapposizione tra i due termini. Sul punto cfr. M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, Milano, 2014, p. 13.

²⁶ Cfr. J. RANDY BECK, *The False Claims Act and the English Eradication of Qui Tam Legislation*, in *North Carolina Law Review*, 78, 3, 2000, pp. 539-641.

²⁷ J.T. BOESE, *Civil False Claims and Qui Tam Actions*, New York, 2011.



palese conflitto di interessi. La soluzione fu proprio il *writ of qui tam* grazie al quale, davanti all'inerzia del pubblico ufficiale, il privato cittadino poteva subentrare direttamente a difendere gli interessi della corona.

Il cittadino che azionava il *writ* prendeva il nome di *common informer*, e dato che adiva in giudizio non nel suo interesse personale, ma per conto del re, alla fine aveva diritto a una ricompensa per i suoi servizi.

Emblematico a tale proposito è lo *Statute of York* del 1318, che rivela chiaramente il conflitto tra politiche nazionali e locali, o più direttamente, tra Re e signori locali: il parlamento aveva fissato prezzi uniformi in tutto il regno per la vendita di vino e altri prodotti alimentari, ma era forte il timore di violazioni. Se in qualche modo le autorità locali fossero state coinvolte nella vendita di questi beni, non avrebbero rispettato o fatto rispettare le restrizioni sui prezzi previste dal parlamento. Per risolvere il problema, allora, lo *Statute of York* dispose che nessun pubblico ufficiale o funzionario locale poteva occuparsi direttamente della vendita di vino e vettovaglie, a pena di sequestro della merce e consegna al re. Nonostante la chiarezza della regola, rimaneva comunque il problema di assicurarne il rispetto, visto che il re non poteva andare ovunque a controllare, né poteva inviare agenti fidati in tutte le campagne del regno. La soluzione fu semplice: riconoscere al cittadino il *writ of qui tam* per incentivarlo a cooperare, segnalando pratiche scorrette, diventando così agente del re, in cambio di un beneficio economico. In pratica, se un cittadino denunciava il mancato rispetto della regola, un terzo delle merci poi sequestrate all'autorità locale, gli sarebbero state consegnate come regalo da parte del re.

Analoga situazione veniva disposta dallo *Statute of Northampton* del 1328, che fissava la durata temporale delle fiere e affidava a un nobile il compito di controllare che i mercanti non vendessero le loro merci oltre la data prevista. Anche in questo caso si riproponeva il problema dell'applicazione e del rispetto di questa norma, vista l'impossibilità del re di controllare concretamente cosa accadesse nelle periferie del regno, e fu quindi previsto un sistema di incentivo al cittadino in modo da indurlo a segnalare eventuali violazioni. In questi casi, il mercante disonesto avrebbe dovuto pagare al re il doppio di quanto guadagnato, e un quarto di questa cifra sarebbe stata devoluta al segnalante come ringraziamento.

Il *writ of qui tam* nel corso del tempo continuò a essere azionato, in seguito non solo in riferimento alle attività commerciali, ma anche in altri ambiti. Ad esempio, un atto del 1360 permetteva ai segnalanti di denunciare membri delle giurie che accettavano tangenti, e nel 1391 fu concesso al cittadino di denunciare scriffi, sindaci o ufficiali giudiziari che non applicavano correttamente le regole.

È evidente come la *ratio* di tale sistema era prevenire la corruzione, limitare lo strapotere dei potenti locali e garantire la corretta applicazione della legge, aumentando in questo modo la capacità del re di scoprire eventuali violazioni. Tuttavia, presto vennero a galla anche effetti collaterali decisamente negativi.



Il sistema, infatti, si prestava facilmente ad abusi e distorsioni: non erano rari i casi di *common informer* in cattiva fede, non animati dal desiderio di contribuire all'applicazione della giustizia, ma spinti solo dal desiderio di ottenere gli incentivi economici. Di conseguenza, nel corso del tempo si sviluppò tutta una classe di informatori di professione, veri e propri mercenari non solo corrotti e detestabili, ma anche disprezzati e odiati da tutti.

Per questo motivo nel 1552, quando ormai il sistema del *qui tam* era diventato un elemento caratteristico del diritto inglese, il *Privy Council* istituì una commissione (il Comitato dei dieci al quale prese parte anche il celebre giurista inglese Edward Coke²⁸) per incoraggiare i pochi informatori onesti che ancora agivano mossi da spirito etico e amore per il loro paese. Ma nonostante gli sforzi e le riforme promosse durante i regni di Elisabetta I, Giacomo I e Carlo I, la situazione non migliorò e la vita dei cittadini inglesi rimase a lungo turbata e vessata da informatori disonesti e corrotti²⁹.

Il discredito che circondava ormai i *common informer* divenne palese nel diciassettesimo e diciottesimo secolo, ma il *writ of qui tam* continuò a essere applicato, sebbene con alcune limitazioni e con molto discredito. Si produsse così l'effetto paradossale per cui, vista la pessima reputazione di cui godevano gli informatori, i cittadini onesti che avrebbero voluto segnalare qualcosa in buona fede, preferivano non farlo, nel timore di essere accomunati agli *informer* di professione.

Legittimo domandarsi, quindi, come mai dal momento che la corona non traeva quasi più alcun beneficio dalle segnalazioni, ormai effettuate unicamente a scopo egoistico, non avesse eliminato del tutto il sistema del *writ of qui tam*. Probabilmente un sistema di controllo seppur fallace e potenzialmente abusivo era considerato meglio di niente, e per questo non fu completamente abolito ma solo oggetto di diverse riforme allo scopo di rendere l'istituto meno dannoso per le persone (vittime di *informer* disonesti) e più efficace per la corona³⁰.

²⁸ Nel suo testo: *Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1644), Coke dedicò un capitolo intero alla questione degli *informer*, che lui definiva senza mezzi termini parassiti, o *turbidum hominum genus*. Secondo Coke, nessun uomo onesto avrebbe mai accettato di diventare *informer*, e proprio per questo il sistema si prestava ad abusi e distorsioni. Si veda anche il libello apparso nel 1675 intitolato: *The Character of an Informer, Wherein His Mischeivous Nature, and Leud Practises Are Detecte*, in cui l'anonimo autore definiva l'informatore come un "*mischeivous Vermin, bred out of the Corruption of the Body Politique*". Citato in J. RANDY BECK, *op. cit.*, p. 595.

²⁹ Cfr. G. ELTON, *Informing for Profit: A Sidelight on Tudor Methods of Law-Enforcement*, in *The Cambridge Historical Journal*, 11, 2, 1954, 152, in cui descrive uno dei più celebri *informer* a tempo pieno dell'epoca, George Whelplay, tanto temuto quanto odiato (e infatti fu addirittura vittima di un tentato omicidio).

³⁰ È interessante notare come le segnalazioni non riguardavano più principalmente la vita commerciale ed economica come in passato: una parte significativa di queste azioni riguardavano anche gli aspetti religiosi, in chiave dichiaratamente anticattolica. Erano previste ad esempio sanzioni per chi frequentava una messa cattolica, o rifiutava di seguire quella anglicana, o per i cattolici che praticavano professioni legali, mediche o alcuni uffici militari o giudiziari. Ma a venire colpiti talvolta erano anche i protestanti dissidenti. Cfr. *Act to Prevent and Suppress Seditious Conventicles* del 1670 che prevedeva una sanzione pecuniaria per chi frequentava una funzione religiosa condotta in modo diverso rispetto alla liturgia e alla pratica della chiesa inglese.

Ma è nel diciannovesimo secolo, in concomitanza con lo sviluppo di altri strumenti per l'applicazione delle leggi e con la centralizzazione del controllo della criminalità³¹, che il *writ of qui tam* inizia il suo definitivo declino. Fino ad arrivare agli anni Trenta del ventesimo secolo quando viene messo totalmente in discussione: l'azione *qui tam* è definita infatti come un "ricatto legalizzato"³², e l'informatore un "essere ripugnante". Se fino a quel momento era stato tollerato, ciò era dipeso dal fatto che in passato la macchina amministrativa dello Stato si era rivelata incapace ad assicurare l'applicazione della legge, e per questo era stata praticamente "subappaltata" al privato³³, ma una volta mutato il contesto socio-economico, e soprattutto perfezionata la centralizzazione della giustizia, ciò non poteva più considerarsi una valida motivazione. L'*informer*, di conseguenza, utile in un momento storico diverso, diventava un qualcosa di negativo che minava le fondamenta stesse della società inglese, dal momento che chiedeva una ricompensa per fare ciò che ogni buon cittadino avrebbe dovuto fare comunque, cioè avere a cuore l'interesse pubblico.

E così nel 1951, il *Common Informers Act* abrogava definitivamente gli ultimi *Statutes* che ancora prevedevano disposizioni *qui tam*, eliminando del tutto la figura dell'informatore, ormai considerato decisamente anacronistico³⁴.

3.1. Il whistleblower nell'attuale disciplina inglese.

Eliminato il fardello storico del *writ of qui tam*, a seguito della centralizzazione nell'applicazione della giustizia e della messa a punto di una macchina amministrativa efficace ed efficiente, il dibattito sul ruolo del whistleblower nel Regno Unito nel ventesimo secolo ha assunto connotazioni completamente diverse.

La tutela del whistleblower, infatti, oggi è completamente scollegata da ogni riferimento all'istituto del *qui tam*, ma è concettualizzata come espressione di etica e senso civico, efficace strumento per la lotta e la prevenzione della corruzione, come previsto d'altronde dai testi internazionali in materia.

Il dibattito si è sviluppato intorno agli anni Settanta, partendo dal presupposto che tutelare il dipendente che segnala illeciti è il modo migliore per aumentare la capacità dell'amministrazione di scoprire eventuali fenomeni corruttivi.

³¹ Grazie all'istituzione di un corpo di polizia permanente a Londra nel 1829.

³² Espressione di Sir Gerald Hurst, parlamentare che propose per la prima volta di abolire l'istituto, sostenendo che un vero informatore è qualcuno che rappresenta il bene pubblico: "*The proper informer is someone who represents the public.*" Citato in J.R. BECK, *op. cit.*, p. 66. Hurst sosteneva che è sbagliato ricompensare un cittadino per aver denunciato un fatto illecito nel quale egli non abbia alcun interesse: un danno allo Stato deve essere risarcito con una somma allo Stato, non al privato cittadino.

³³ In un'ottica di privatizzazione e decentralizzazione della giustizia.

³⁴ M. BERESFORD, *The Common Informer, the Penal Statutes and Economic Regulation*, in *The Economic History Review*, New Series, 10, 2 1957; G. ELTON, *op. cit.*; E. JONES, *Inside the Illicit Economy*, Surrey, 2012.



Ma è negli anni Novanta, a seguito di gravi scandali che hanno messo in luce come una segnalazione avrebbe potuto addirittura salvare vite umane³⁵, che viene promulgata, grazie anche alle pressioni della società civile³⁶, una normativa unitaria e sistematica in materia: il *Public Interest Disclosure Act* (PIDA³⁷). La legge, approvata nel 1998 e riformata nel 2013 mira, infatti, a ristabilire la fiducia del dipendente che segnala illeciti, particolarmente minata dal fatto che troppo spesso le segnalazioni si concludevano in passato con il licenziamento del dipendente considerato infedele.

Il PIDA si applica tanto al dipendente pubblico quanto privato, e si fonda sul concetto, come si evince già dal titolo della legge, di interesse pubblico. Proprio per questo motivo è escluso ogni meccanismo premiale nei confronti del *whistleblower* che agisce non per tornaconto personale ma per virtù civica. Allo stesso tempo, però, chi segnala ha diritto a essere tutelato in caso di applicazioni di misure ritorsive nei suoi confronti.

Questa tutela però si applica *ex post*, dal momento che interviene solo dopo che si è verificato un fatto ritorsivo del datore di lavoro nei confronti del segnalante³⁸. In questi casi il segnalante ha il diritto di chiedere al giudice del lavoro il reintegro, in caso di licenziamento, e il risarcimento del danno, purché la sua segnalazione rientri nella fattispecie di segnalazione "qualificata" (*qualifying disclosure*), cioè quando riguarda reati, illeciti civili o amministrativi, errori giudiziari, danni alla salute, alla sicurezza pubblica, e all'ambiente, nonché all'occultamento di informazioni necessarie relative (*relevant failure*) alle fattispecie elencate.

Per qualificare come meritevole di tutela la denuncia, è fondamentale che questa sia fatta nell'interesse pubblico. Inizialmente era previsto anche il requisito della buona fede, ma poi l'*Enterprise and Regulatory Reform Act* che ha parzialmente riformato il PIDA³⁹, lo ha eliminato.

Sulla buona fede occorre forse una precisazione: per quanto molti testi internazionali la considerino un requisito (ad esempio cfr. l'art. 9 della Convenzione Civile sulla corruzione, l'art. 33 della Convenzione dell'ONU, e anche il Principio 44 degli

³⁵ Ad esempio, il naufragio della nave mercantile Herald Free Enterprise nel 1987 che costò la vita a 193 persone, il disastro ferroviario di Clapham del 1988 nel quale morirono 35 persone, l'esplosione della piattaforma petrolifera Piper Alpha nel Mare del Nord nel 1988 in cui furono uccise 167 persone. In tutti questi casi, le inchieste accertarono che alcuni dipendenti erano a conoscenza dei rischi e dei pericoli, ma non avevano considerato giusto, e soprattutto sicuro, denunciare la propria organizzazione per negligenza o irregolarità.

³⁶ Va citata a questo proposito l'intensa attività di *Protect*, organizzazione no profit, fondata nel 1993 con il nome di *Public Concern at Work* (PCaW). La fondazione, in un momento storico in cui il *whistleblower* nel Regno Unito era ancora considerato molto negativamente, ha stimolato un forte dibattito pubblico, anche allo scopo di arrivare all'emanazione di una normativa adeguata, come poi effettivamente è avvenuto nel 2008.

³⁷ Che riforma l'*Employment Rights Act* del 1996.

³⁸ Si sposta quindi l'attenzione sul momento patologico della ritorsione, mentre passa in secondo piano l'indagine sul contenuto della segnalazione.

³⁹ In realtà però rimane il potere del giudice di ridurre l'ammontare del risarcimento quando la segnalazione non è fatta in buona fede.

Tshwane Principles), la tendenza oggi è a non ritenerla più fondamentale, dato che ciò che è rilevante non è la persona che segnala, quanto il contenuto della segnalazione. I motivi che spingono a segnalare dovrebbero quindi essere irrilevanti⁴⁰.

Non è richiesto, invece, che il segnalante abbia la prova certa di quanto segnalato: per essere tutelato come *whistleblower* (e godere quindi della protezione della riservatezza e contro gli atti ritorsivi), è sufficiente un ragionevole sospetto (come d'altronde previsto tanto nella Direttiva comunitaria 1937/2019 sempre al Considerando 32, quanto nel nostro ordinamento⁴¹).

Infine, va ricordato che non può essere tutelato chi, nel rendere noto il fatto, commette un reato⁴².

Per quanto il PIDA rappresenti una normativa sicuramente all'avanguardia nel panorama mondiale, che contribuisce a rendere il Regno Unito uno dei paesi con la più efficace normativa in materia di corruzione⁴³ non si possono ignorare i suoi limiti e l'esigenza di una nuova riforma⁴⁴ che vada oltre quella parziale dell'*Enterprise and Regulatory Reform Act* del 2013.

3.2. Ipotesi di premialità nel diritto inglese?

Il sistema istituito dal PIDA riconosce quindi al *whistleblower* (non si parla più ormai di *informer*) il risarcimento in caso di danni, ma non prevede alcuna ricompensa per il suo impegno.

Questo perché il PIDA considera il *whistleblower* come un mero testimone che persegue l'interesse pubblico (come d'altronde esplicita il titolo della normativa), e

⁴⁰ Cfr. N. PARISI, *op. cit.*, p. 7. Si veda anche la Direttiva 2019/1937, al Considerando 32: "I motivi che hanno indotto le persone segnalanti a effettuare la segnalazione dovrebbero essere irrilevanti al fine di decidere sulla concessione della protezione." Sul punto cfr. ANAC, Schema di Linee Guida, p. 14: "Posta la sussistenza dell'interesse generale all'integrità della pubblica amministrazione alla base della segnalazione, gli ulteriori motivi, anche personali, che hanno indotto il *whistleblower* a effettuare la segnalazione, sono da considerarsi irrilevanti al fine di decidere sul riconoscimento delle tutele previste dall'art. 54-bis. Tale riconoscimento, infatti, è connesso alla valutazione oggettiva dei fatti segnalati che sveli l'interesse pubblico sotteso alla segnalazione, a prescindere dai concorrenti ed eventuali interessi personali del *whistleblower*".

⁴¹ ANAC, Linee guida 2021, p. 13. Vedi anche la Direttiva 2019/1937, sempre al Considerando 32: "Per beneficiare della protezione della presente direttiva, le persone segnalanti dovrebbero avere ragionevoli motivi, alla luce delle circostanze e delle informazioni di cui dispongono al momento della segnalazione, che i fatti che segnalano sono veri. Tale requisito è una garanzia essenziale contro le segnalazioni dolose e futili o infondate, in modo da garantire che le persone che, al momento della segnalazione, hanno fornito deliberatamente e scientemente informazioni errate o fuorvianti, siano escluse dalla protezione. Al tempo stesso, tale requisito assicura che la persona segnalante continui a beneficiare della protezione laddove abbia effettuato una segnalazione imprecisa in buona fede".

⁴² Ad esempio, ai sensi dell'*Official Secrets Act* del 1989.

⁴³ Considerando anche il *Bribery Act* del 2010 che riguarda principalmente la repressione della corruzione dal punto di vista penalistico.

⁴⁴ Sempre la già citata fondazione Protect, è oggi in prima linea per chiedere una riforma del PIDA



non come un soggetto attivo con un ruolo nel processo, come previsto invece negli Stati Uniti.

Di conseguenza la premialità è esclusa, allineando in questo modo la disciplina inglese a quella europea, e allontanandola decisamente dal modello "pragmatico" statunitense.

Va anche detto però che il dibattito sulla premialità è attualmente molto intenso nel Regno Unito, dove si sta discutendo sull'opportunità o meno di introdurre un sistema di ricompense per incentivare le segnalazioni.

In realtà un meccanismo premiale nel Regno Unito è già parzialmente previsto come eccezione alla regola generale in un ambito molto limitato, cioè quello della protezione della concorrenza⁴⁵. In tema di antitrust, infatti, la CMA, Competition and Market Authority⁴⁶ nel 2014 ha avviato una campagna di sensibilizzazione sulla necessità di ottenere informazioni per prevenire e contrastare i cartelli. A questo scopo è stata prevista una ricompensa forfettaria che può arrivare fino a un massimo di 100.000 sterline per incentivare eventuali *whistleblower* a segnalare⁴⁷. Si tratta però in questo caso di un'evidente apertura al modello del *bounty reward* statunitense e non di un revival del *qui tam*, dato che al *whistleblower* viene preclusa la possibilità di avviare un'azione legale per conto dello Stato⁴⁸.

La *ratio* di questa decisione deriva dal fatto che gli accordi sottobanco tra imprese, che causano danni gravi ai consumatori e all'economia, sono difficili da scoprire, e la sanzione prevista per le imprese scoperte colpevoli non è un deterrente abbastanza forte, dal momento che si tratta di una multa del 10% sul volume di affari. Le segnalazioni invece potrebbero essere molto più efficaci, sotto questo profilo, ma visti i rischi, anche secondo un approccio di analisi economica del diritto⁴⁹, la ricompensa potrebbe rappresentare un vero e proprio *game changer*.

⁴⁵ Cfr. *supra*.

⁴⁶ Riprendendo un programma già adottato nel 2008 dall'*Office of Fair Trading*. Cfr. L. ARNAUDO, *Whistleblowing: le parole e le cose*, in *Mercato Concorrenza Regole, Rivista quadrimestrale*, 2, 2015, pp. 345-362.

⁴⁷ <https://cheatingorcompeting.campaign.gov.uk/>. La CMA considera il valore della ricompensa come un *fair price* che non può essere soggetto a negoziazione per le informazioni ottenute.

⁴⁸ Come prevista invece dall'azione *qui tam* applicabile ai sensi del False Claims Act, vedi *infra*.

⁴⁹ Le persone sono disposte a denunciare se il beneficio della ricompensa supera il sacrificio (in termini di stress, esposizione, conseguenze sulla carriera) derivante dalla segnalazione. Cfr. G.C. RAPP, *Mutiny by the Bounties? The Attempt to Reform Wall Street by the New Whistleblower Provisions of the DoddFrank Act*, in *Brigham Young University Law Review*, 2012 p. 119: "In economic terms, whistleblowers gamble their entire accumulated human capital investment against various potential gains—to their firm and self—of blowing the whistle. A whistleblower is unlikely to remain in her current position and is unlikely to be rehired to perform the same role for a different employer. As a result, an employee's human capital investment associated with preparing for the particular position she holds disappears the moment she blows the whistle. For whistleblowing to make sense in a purely pecuniary calculus, the financial returns from whistleblowing must offset the lost human capital investment". Tuttavia, non si possono trascurare elementi che sono estranei a una valutazione puramente economica, come il senso del dovere e dell'etica, per cui è anche corretto considerare che: "bounties are morally corrupting because they 'monetize virtue.'" J.W. BARNARD, *Evolutionary Enforcement at the Securities and Exchange Commission*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 71, 2010, p. 436.

4. La tutela del whistleblower negli Stati Uniti.

Mentre nel Regno Unito il sistema del *writ of qui tam* tramontava, negli USA prendeva invece il sopravvento la logica pragmatica e premiale che ancora oggi caratterizza e contraddistingue il diritto statunitense rispetto a quello continentale, cui appartiene, sotto questo profilo, anche il diritto inglese.

Altra differenza notevole tra i due ordinamenti, è il fatto che nel Regno Unito l'attuale normativa a tutela del whistleblower è contenuta in un unico testo, il PIDA, mentre negli Stati Uniti manca ancora una disciplina organica e unitaria, e di conseguenza il legislatore è intervenuto in una pluralità di testi per regolamentare attività specifiche, tanto nel settore pubblico quanto nel privato.

L'azione *qui tam* quindi entra di diritto nell'esperienza giuridica statunitense in un duplice modo: con l'applicazione diretta della *common law* inglese nei tribunali coloniali, ma anche filtrato dalle legislazioni coloniali che riproducevano al loro interno espresse disposizioni *qui tam* (ad esempio gli *Statutes* del Massachusetts, Connecticut, Virginia, Carolina del Sud e New York).

Ma ciò che conta è il fatto che il legame con questo istituto importato dalla ex madrepatria è rimasto nel corso del tempo anche dopo l'indipendenza, praticamente fino ai giorni nostri, pur essendo venute meno le condizioni che in passato lo rendevano necessario.

Infatti, ben si comprende l'utilità del *writ of qui tam* nel momento in cui i governi statali e federale non erano ancora in grado di garantire l'applicazione della legge, ma può destare perplessità il fatto che rimase radicato anche successivamente, quando dopo l'indipendenza e la promulgazione della Costituzione⁵⁰, il ruolo del Governo si espanse. Da quel momento in poi forse la privatizzazione della giustizia non era più così necessaria⁵¹, ma ciononostante il *qui tam* è rimasto nella cultura giuridica statunitense mediato dalle varie riforme che si sono succedute nel corso del tempo.

Dobbiamo quindi distinguere due situazioni diverse: da una parte la necessità dello Stato di coinvolgere il cittadino, chiunque esso sia, nella prevenzione dei reati, trasformandolo da testimone a parte direttamente coinvolta nel processo, e quindi monetizzando il suo impegno attraverso il sistema del *qui tam* (come si vedrà poi con la disciplina prevista dal *False Claims Act*, che però fa riferimento a un cittadino, non necessariamente dipendente, che assume il nome *relator*, non *whistleblower*).

Dall'altra, però, si deve distinguere la posizione particolare del lavoratore, il dipendente che con la sua segnalazione si espone a rischi di ritorsioni da parte del

⁵⁰ Ad esempio, il Primo Congresso degli Stati Uniti emanò diversi *Statutes* che autorizzavano ricompense sulla base del *qui tam*.

⁵¹ C.M. SYLVIA, *The False Claims Act: Fraud Against the Government*, 2nd ed., Rochester, N.Y., 2010, p. 41.

datore di lavoro. Non più quindi un generico cittadino, ma più specificamente un *whistleblower* che ha diritto a tutta una serie di tutele (vedi par. 4.3).

4.1. I primi *whistleblower* negli USA.

I primi *whistleblower* statunitensi furono Richard Marven e Samuel Shaw ufficiali di marina a bordo della fregata Warren che, nel lontano 1777, a pochi mesi dalla Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America, denunciarono Esek Hopkins, il comandante in capo della neonata marina militare americana, accusandolo di abuso di potere e corruzione. Sapevano di esporsi a un pericolo, perché Esek Hopkins era un uomo molto in vista e potente⁵², ma sapevano anche che questi anteponeva all'interesse nazionale i suoi interessi commerciali privati. Dopo una serie di gravi episodi⁵³, il 19 febbraio 1777 Marven e Shaw (insieme ad altri otto marinai e ufficiali) scrissero al Congresso Continentale, per chiedere la destituzione di Hopkins, in quanto corrotto, instabile, violento e soprattutto non in grado di perseguire gli interessi del suo paese. Non ultimo, lo accusavano di torture nei confronti dei prigionieri di guerra inglesi.

Nella lettera i dieci firmatari si dichiaravano pronti a rischiare tutto ciò che era loro caro e, se necessario, a sacrificare la vita per il benessere del paese, ma in ogni caso non avrebbero continuato a obbedire agli ordini di Hopkins⁵⁴.

A seguito della denuncia, Hopkins fu prima sospeso in attesa dell'accertamento della verità e poi, nel gennaio 1778, fu destituito definitivamente dal servizio. Ma per ritorsione Hopkins, ancora molto potente e temuto, denunciò per insubordinazione i dieci firmatari della lettera. Così Marven e Shaw finirono in prigione.

Questi però erano ben consapevoli di essere stati arrestati solo per aver fatto il loro dovere: sapevano che Hopkins violava la legge, e non volevano essere suoi complici. Quindi si appellarono nuovamente al Congresso per chiedere giustizia e, finalmente, la ottennero: non solo furono rilasciati, ma il Congresso pagò le loro spese legali e rese pubblica la notizia della rimozione di Hopkins, senza invocare alcun segreto di Stato.

La principale conseguenza di questa vicenda è che il 30 luglio 1778 il Congresso promulgò la prima legge al mondo⁵⁵ a tutela del *whistleblower*: non solo come dichiarazione di principio, riconoscendo il *whistleblowing* come espressione dei valori

⁵² Era il fratello dell'ex governatore di Rhode Island nonché uno dei firmatari della Dichiarazione di Indipendenza e, oltre a essere il comandante in capo della marina, era anche un politico, mercante e trafficante di schiavi.

⁵³ Che lo videro disattendere gli ordini del Congresso Continentale e tradire la fiducia dello stesso George Washington.

⁵⁴ Il testo integrale della lettera è pubblicato in J.G. COYLE, *The suspension of Esek Hopkins, Commander of the Revolutionary Navy*, in *The Journal: the American-Irish Historical Society*, XXI, 1922, pp. 224-225.

⁵⁵ Come antecedente storico può forse essere citata anche una legge olandese del 1610, limitata però alle frodi finanziarie. Cfr. sul punto L. ARNAUDO, *cit.*, p. 8.

democratici americani, ma affermando a chiare lettere il dovere di tutti gli abitanti (una formula volutamente ampia e generica) degli Stati Uniti, di denunciare violazioni o fatti illeciti da parte di funzionari dello Stato.

A seguito di questo episodio, si è quindi affermato il principio negli USA che chi denuncia deve essere supportato e tutelato dallo Stato che si assume l'onere di pagare eventuali spese legali.

4.2. Il *False Claims Act*, origine ed evoluzione.

L'evoluzione della tutela del *whistleblower* negli Stati Uniti passa però per una tappa fondamentale, l'emanazione del *False Claims Act*, che si fonda sempre sull'azione *qui tam* come prevista dalla *common law*.

Il *False Claims Act*, anche chiamato legge Lincoln, fu approvato nel 1863 durante la guerra civile americana in un contesto storico particolare: in quel periodo erano frequenti truffe ai danni dell'esercito americano dell'Unione, da parte di imprenditori senza scrupoli che vendevano armi, munizioni, equipaggiamenti di scarsa qualità ma anche cavalli o muli non adatti, danneggiando così gli stessi soldati.

Per arginare questi episodi di corruzione, il *False Claims Act* sanzionava aspramente chi frodava il governo, prevedendo un sistema di multe nel caso in cui si configurasse una delle sette fattispecie espressamente previste.

Lo scopo primario del FCA era quindi contrastare queste frodi, ma incidentalmente, per aumentare la capacità di scoprire questi episodi, la legge estendeva la legittimazione ad agire anche a chi non era direttamente coinvolto, cioè il privato cittadino. In questo modo il cittadino che agiva in nome del governo contro chi frodava o tentava di frodare lo Stato, diventava un utile alleato dello Stato nella lotta alla corruzione e alle frodi e quindi andava ricompensato.

In pratica, il *False Claims Act* introduceva una significativa eccezione al principio del *locus standi*⁵⁶, modificando le regole in tema di legittimazione ad agire in giudizio: se per la regola dello *standing*, infatti, per intentare causa, il cittadino deve dimostrare di aver subito un danno diretto e personale dal reato denunciato, ai sensi del FCA il cittadino può "sostituirsi" al governo, agendo in suo nome, senza quindi aver subito un danno diretto, utilizzando proprio l'azione *qui tam*.

Il privato cittadino che agisce in nome del governo assume così il ruolo di *relator*, che potrebbe in parte corrispondere alla nozione di *common informer* del diritto inglese, ma sicuramente non a quella di *whistleblower*, perché il *relator* può essere qualunque cittadino anche esterno all'organizzazione. Il diritto alla ricompensa si fonda quindi sulla *fiction iuris* per cui, se il *relator* può adire in giudizio come se avesse subito egli stesso una parte del danno fatto allo Stato, allo stesso modo ha diritto a una percentuale su quanto fatto risparmiare allo Stato.

⁵⁶ *Standing*, cioè dimostrazione di aver subito un danno per poter agire in giudizio



L'idea era di *setting a rogue to catch a rogue*⁵⁷, usare una canaglia per scoprirne un'altra, cioè incentivare i complici a denunciare una truffa, oltre che incentivare il privato cittadino che casualmente aveva scoperto la frode.

Anche qui però gli intenti positivi sono stati oscurati dall'assenza di una reale tutela contro eventuali atti ritorsivi, e sono stati travolti da un uso distorto dell'istituto: non essendoci limiti per l'avvio dell'azione legale, erano possibili infatti *parasitical actions*⁵⁸, cioè casi in cui denunciante disonesti avviavano azioni civili ai sensi del FCA senza fornire alcuna informazione nuova, ma usando le informazioni relative a processi penali già in corso solo per ottenere la ricompensa. In questi casi il governo non traeva alcun beneficio concreto dalla segnalazione, dal momento che non acquisiva informazioni nuove, ma si trovava suo malgrado costretto a corrispondere ingenti somme di denaro al *whistleblower* parassita.

Un caso emblematico in tal senso fu *United States ex rel. Marcus v. Hess*: nel 1943 Marcus, privato cittadino, decise di avviare un procedimento civile contro un imprenditore che era già sotto processo penale per truffa, allo scopo di ottenere la ricompensa. La sua denuncia non aggiungeva nulla alle informazioni già note e non permetteva la scoperta di alcun nuovo illecito, ma ciononostante la Corte Suprema considerò che la legge non imponeva al *relator* di fornire informazioni di prima mano; in ogni caso tale azione aveva comunque permesso allo Stato di recuperare un'ingente somma di denaro, e di conseguenza la ricompensa andava elargita.

Per evitare tali storture e abusi dell'istituto, nel 1943 il FCA è stato modificato, fissando l'obbligo per il *relator* di fornire le prove dell'accusa, e vietando di agire unicamente sulla base di informazioni già in possesso del governo. Il premio per il *relator* viene drasticamente ridotto: al 10% massimo della somma recuperata dallo Stato se il governo interviene nella causa, altrimenti fino al 25%. Inoltre, si fissa il limite di 60 giorni per consentire al governo di decidere se intervenire nel giudizio, oppure rimanere inerte, permettendo al relatore di procedere. In questa ultima eventualità, il governo ha sempre la possibilità di intervenire successivamente, ma ciò impedisce a terzi di intentare un'altra azione fondata sugli stessi fatti, sulla base della regola *first to file*. Nel corso di questi 60 giorni i documenti relativi alla causa sono coperti da segreto. Se invece il governo decide di intervenire, le prerogative del *relator* vengono drasticamente ridotte.

L'estrema rigidità delle nuove norme però non produsse alcun effetto virtuoso: al contrario causò un decremento delle segnalazioni, a fronte di un aumento degli episodi di natura corruttiva. Per questi motivi, nel 1986 è stato necessario intervenire nuovamente sul testo, su due fronti: da una parte proteggere chi segnala in buona fede, cominciando finalmente a configurare una tutela del *whistleblower*, come

⁵⁷ Espressione del senatore Jacob Howard, il promotore del FCA nel 1863.

⁵⁸ Così si esprime il procuratore generale Biddle in una lettera al Congresso, citata in C. DOYLE, *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes*, Congressional Research Service, p. 7.



auspicato già negli anni Settanta da Ralph Nader⁵⁹, dall'altra, evitare abusi e distorsioni dell'istituto.

In primo luogo, si è cercato di incentivare la cooperazione di chi era in possesso di informazioni necessarie per scoprire frodi, modificando la percentuale del *relator* a seconda che il procedimento venga portato avanti dal governo (e quindi la percentuale varia dal 15 al 25%) o solo dal *relator* (e in questo caso la percentuale oscillerebbe tra il 25 e il 30%). Inoltre, la percentuale dipende anche dalla rilevanza del contributo fornito nella segnalazione: più i fatti sono rilevanti, maggiore sarà l'incentivo. Qualora, invece, la denuncia si fondi su fatti pubblici, l'incentivo scende sotto la soglia del 10%; lo stesso, qualora il denunciante abbia preso parte alla violazione (mentre nel caso in cui venga condannato la ricompensa è ovviamente esclusa).

Ma soprattutto si è predisposto per la prima volta un sistema (anche se parziale e incompleto) di tutela da ritorsioni, sanzionando i comportamenti ritorsivi o discriminatori del datore di lavoro. Limitare l'applicazione della tutela al datore di lavoro lasciava però il denunciante non tutelato per tutta una serie di eventuali atti ritorsivi (ad esempio da parte dell'amministratore delegato o dal presidente della società, etc.). Di conseguenza, nel 2009 anche a seguito di diversi scandali, il *Fraud Enforcement and Recovery Act* ha rafforzato le tutele estendendo la protezione contro tutti gli atti commessi da altri soggetti. In tutti questi casi il lavoratore deve essere reintegrato nella medesima posizione e con gli stessi compiti che aveva precedentemente, e ha diritto a ricevere il doppio delle mensilità non corrisposte (con relativi interessi) oltre al risarcimento per gli eventuali danni subiti a causa della ritorsione.

Allo stesso tempo, però, le modifiche del testo legislativo hanno cercato di ridurre potenziali abusi dell'istituto, introducendo la regola per cui, qualora si accerti che il segnalato è innocente, la segnalazione sia manifestamente frivola e vessatoria e il governo non è intervenuto nella causa, le spese legali sono a carico del segnalante e non dell'accusato. Nessuna ricompensa anche nel caso in cui l'azione sia stata avviata in malafede dallo stesso autore della violazione sulla quale viene proposto il ricorso. Infine, va ricordato che il pagamento della ricompensa è subordinato al successo dell'azione: è evidente, infatti, che se il governo non recupera alcuna somma, non può essere costretto a pagare un *whistleblower* "inutile". Se invece deve essere elargita la ricompensa, questa non grava affatto sul bilancio dello Stato, dal momento che è una percentuale su quel denaro che senza la segnalazione non sarebbe mai stato recuperato. Per avere un'idea delle cifre, il meccanismo previsto dal *False Claims Act*,

⁵⁹ Cfr. R. NADER, K. BLACKWELL, P. PETKAS, *Whistle Blowing: The Report of the Conference on Professional Responsibility*, New York, 1972. Negli anni Settanta, nell'era della cosiddetta "rights revolution" furono quindi introdotte in alcune discipline di settore (ad esempio in tema ambientale, di sicurezza sul lavoro o di tutela dei consumatori) delle disposizioni dirette a tutelare il *whistleblower*, ma senza un approccio globale e sistematico.



dal 1986 a oggi, ha permesso allo Stato di recuperare circa 62 miliardi di dollari, di cui 7,3 sono andati in ricompensa ai *whistleblower*⁶⁰.

Tuttavia, non si possono ignorare i pareri contrastanti di chi invece considera l'applicazione della *qui tam clause* incostituzionale⁶¹ perché in contrasto con l'articolo 3 della Costituzione: il fatto che il *relator* non subisca alcun danno diretto (*direct injury*) rappresenterebbe infatti una violazione della regola dello *standing*, che corrisponde al concetto di interesse o legittimazione ad agire⁶². Va detto però che una visione più o meno restrittiva della *standing doctrine*, che in pratica rappresenta un modo con cui la Corte Suprema esercita un'ampia discrezionalità nella scelta delle questioni sulle quali pronunciarsi, dipende anche dall'orientamento ideologico della Corte Suprema. Se negli anni Settanta in materia ambientale si giunse a riconoscere lo *standing* anche alle associazioni protezionistiche, sostenendo così la politica ecologica promossa dal Congresso⁶³, in altri momenti storici giudici più conservatori hanno considerato l'apertura verso la tutela di interessi diffusi uno snaturamento della regola dello *standing*⁶⁴.

Inoltre, sono sorti dubbi anche in merito alla conformità con il principio costituzionale della separazione dei poteri⁶⁵, in particolare con la *take care clause* contenuta all'art. 2 sezione 3 della Costituzione, ai sensi della quale il Presidente "*shall take care that the laws be faithfully executed and shall commission all the Officers of the United States*"⁶⁶. Secondo certa giurisprudenza e dottrina, il *qui tam* quindi

⁶⁰ N.T. TSCHÉPIK, *Comment, The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the FCA*, in *University of Chicago Law Review*, 87, 2020, pp. 1053.

⁶¹ Jr. F. EDGAR, "*Missing the Analytical Boat*": *The Unconstitutionality of the Qui Tam Provisions of the False Claims Act*, in *Idaho Law Review*, 27, 1990-1991, p.319; J.T. BLANCH, *The Constitutionality of the False Claims Act's Qui Tam Provision*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 16, 1993, p. 701; R. JOHNSTON, *1001 Attorneys General: Executive-Employee Qui Tam Suits and the Constitution*, in *The George Washington Law Review*, 62, 1993-1994, p. 609.

⁶² Si veda il controverso caso *Lujan v. Defenders of Wildlife* (1992), in cui la Corte Suprema ribadisce il principio che per la legittimazione ad agire occorre aver subito un danno, altrimenti non viene rispettata la regola dello *standing*. Questo approccio poco elastico è stato molto criticato dalla dottrina e superato dalla giurisprudenza successiva. Cfr. J. RANDY BECK, *Qui Tam Litigation Against Government Officials: Constitutional Implications of a Neglected History*, in *Notre Dame Law Review*, 3, 2018, pp. 1235-1316, che invece sostiene la presenza di un interesse ad agire anche del privato, cioè il *whistleblower*: "*The informer's bounty, like the injury suffered by an aggrieved party, gives the qui tam informer a personal and private interest in the litigation that motivates and justifies the individual's invocation of judicial aid*" (p. 1308).

⁶³ Che prevedeva ampie possibilità di partecipazione dei cittadini alle funzioni di governo, attribuendo loro anche la possibilità di agire in giudizio qualora le Agenzie federali non avessero adempiuto correttamente agli obblighi imposti dalla normativa.

⁶⁴ Cfr. C. DRIGO, *Le corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, p. 170.

⁶⁵ Ma al contrario si dovrebbe considerare come il principio del *qui tam* in realtà disperde il potere tra i cittadini, e non lo concentra nelle mani di uno dei tre poteri costituzionali.

⁶⁶ "Il Presidente farà in modo che le leggi siano fedelmente eseguite e darà ordini a tutti i funzionari degli Stati Uniti".



permetterebbe di trasferire dal Presidente al potere giudiziario il principale dovere costituzionale del Presidente, cioè di *"take care that the Laws be faithfully executed"*⁶⁷.

4.3. Tutela del lavoratore.

Diversa dalla posizione di un generico *relator* è quella del *whistleblower* vero e proprio, inteso come dipendente che denuncia un fatto illecito scoperto all'interno della sua realtà lavorativa (pubblica o privata è irrilevante).

Il primo testo in materia di protezione del *whistleblower* da atti ritorsivi è sicuramente il *Lloyd-La Follette Act* del 1912, che garantisce il diritto del dipendente di rivolgersi e comunicare con membri del Congresso per segnalare eventuali fatti illeciti, senza la preventiva autorizzazione del loro superiore, come era invece previsto precedentemente.

Nel 1912 era quindi già chiara la necessità di garantire un libero flusso di informazioni, e che l'integrità e moralità del governo dipende anche da ciò che i dipendenti possono fare per segnalare corruzione o altri episodi di cattiva amministrazione. Il *Lloyd-La Follette Act* garantisce quindi (precocemente, rispetto al diritto europeo) il diritto del dipendente di denunciare fatti di natura corruttiva riguardanti il posto di lavoro come manifestazione della libertà di espressione (fondamentale diritto sancito dal primo emendamento della Costituzione americana) e come applicazione del principio di separazione dei poteri (articolo 2 Costituzione). Purtroppo questo testo, per quanto moderno per l'epoca, non prevedeva ancora una tutela concreta da atti ritorsivi o discriminatori.

La stessa lacuna caratterizza il *Code of Ethics for Government Service* promulgato nel 1958, che prevedeva l'obbligo del dipendente pubblico di segnalare fenomeni di corruzione⁶⁸, ma senza creare un sistema di protezione, visto il carattere meramente persuasivo e non vincolante del codice etico.

Negli anni Settanta, in piena *rights revolution*⁶⁹ si sente però come più forte l'esigenza di tutelare il cittadino in generale, e se a livello dottrinale è Ralph Nader a concettualizzare il *whistleblowing* come "l'ultima difesa" contro il potere⁷⁰ soprattutto in alcuni settori importanti quali ad esempio la tutela dell'ambiente o i diritti dei

⁶⁷ Sempre nel caso *Lujan v. Defenders of Wildlife* (1992) la Corte suprema sostiene che "tutelare l'interesse pubblico (compreso l'interesse pubblico all'osservanza, da parte del Governo, della Costituzione e delle leggi) è la funzione del Congresso e del Capo dell'Esecutivo"; "permettere al Congresso di convertire l'indifferenziato interesse pubblico al rispetto delle leggi da parte dei funzionari dell'esecutivo in un diritto individuale rivendicabile nelle corti equivale a permettere al Congresso di trasferire dal Presidente alle corti la più importante funzione costituzionale del Capo dell'Esecutivo, cioè avere cura che le leggi siano fedelmente eseguite". Cfr. V. BARSOTTI, *La sentenza Lujan della Corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1996, pp. 1180 ss.

⁶⁸ Punto 9: "expose corruption wherever discovered".

⁶⁹ C. R. SUNSTEIN, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, in *Harvard Law Review*, 103(2)1989, p. 409.

⁷⁰ R. NADER, K. BLACKWELL, P. PETKAS, *Whistle Blowing: The Report of the Conference on Professional Responsibility*, New York, 1972, p. 7.

consumatori, dal punto di vista legislativo è la riforma della pubblica amministrazione nel 1978 a rappresentare un importante passo in avanti. Il *Civil Service Reform Act*, rappresentando un vero e proprio cambio di ideologia rispetto al passato, dispone la necessità di proteggere i *whistleblowers* pubblici da eventuali ritorsioni, anticipando così gli emendamenti che saranno poi apportati al *False Claims Act* nel 1986.

La riforma prevede l'istituzione del *Merit System Protection Board*, agenzia *ad hoc* alla quale possono ricorrere i *whistleblower* che hanno subito ritorsioni a seguito della loro segnalazione, e dell'*Office of Special Counsel*, incaricato di investigare sugli eventuali atti ritorsivi. Lo scopo della riforma era tutelare i dipendenti pubblici da eventuali abusi e ritorsioni, non richiedendo l'assoluta certezza, ma solo la ragionevole convinzione che si fossero verificate violazioni di leggi o regolamenti, sprechi di denaro pubblico, abusi di potere o altri pericoli per la salute pubblica e la sicurezza nazionale.

Nonostante la riforma, la paura di ritorsioni però ancora frenava i *whistleblower* statunitensi: lo *Special Counsel* non garantiva una sufficiente tutela della riservatezza, e soprattutto si era rivelato poco efficace, come testimonia la scarsa attività di reintegro dei lavoratori vittime di ritorsioni⁷¹.

Con il *Whistleblower Protection Act* del 1989 (poi riformato nel 1994 e nel 2012) si sceglie di ridurre il ricorso all'*Office of Special Counsel* per concedere al *whistleblower* il diritto di autotutelarsi direttamente davanti al *Merit System Protection Board* che nel frattempo vede ampliate le sue competenze: interviene non solo nel caso di ritorsioni maggiori, ma anche contro misure disciplinari minori, che possono essere sospese entro 10 giorni dalla richiesta del *whistleblower*. Inoltre, viene ampliato l'ambito di applicazione soggettivo: non solo il dipendente pubblico *tout court*, ma anche i dipendenti part time, in prova, con contratto a tempo determinato e persino gli ex dipendenti.

Ma l'intervento più significativo riguarda l'inversione dell'onere della prova: è il datore di lavoro che deve dimostrare che la misura ritorsiva non abbia niente a che vedere con la segnalazione, e non viceversa⁷². Il dipendente per ottenere la protezione deve segnalare una condotta che rientra tra quelle tipizzate dal legislatore (ampliate dalla riforma del 2012, il *Whistleblower Protection Enhancement Act*), e che non rientra tra le materie coperte da segreto. Inoltre, deve dimostrare di aver sofferto una ritorsione. Altro requisito fondamentale è la "ragionevole convinzione",

⁷¹ In dieci anni di attività, dal 1978 al 1988 l'*Office of Special Counsel* ha portato avanti un solo procedimento per la reintegrazione di un lavoratore ingiustamente licenziato a seguito di una segnalazione. Cfr. T. DEVINE, *The whistleblower protection act of 1989: foundation for the modern law of employment dissent*, in *Administrative Law Review*, 51, 2, 1999 p. 535.

⁷² Come del resto è previsto dal nostro ordinamento.



sufficiente per l'inoltro della segnalazione: viene superato quindi la richiesta di prove inconfutabili⁷³.

La riforma del 2012 ha poi introdotto la figura del *Whistleblower Ombudsman*, una sorta di difensore civico incaricato di aumentare la consapevolezza dei dipendenti sul tema, rendendoli edotti dei propri diritti e tutele riguardanti l'attività di segnalazione

4.4. La tutela del whistleblower nel settore privato.

A seguito di numerosi scandali finanziari (si pensi ad esempio al caso Enron del 2001, allo scandalo WorldCom del 2002 entrambi scoperti grazie alle rivelazioni di dipendenti che però non godevano di alcuna tutela in quanto si erano attivati per tutelare gli interessi degli investitori privati e non dell'interesse pubblico⁷⁴), si è sentita come urgente l'esigenza di aumentare la capacità di contrastare la corruzione, e quindi di estendere le tutele per il dipendente che segnala illeciti anche nel settore privato⁷⁵.

Il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002, definito il *gold standard*⁷⁶ per la tutela del *whistleblower*, ha previsto l'obbligo per le società di dotarsi di misure interne per accogliere e gestire le segnalazioni di illeciti. Inoltre, proibisce eventuali misure ritorsive nei confronti del *whistleblower*, per cui, qualora il dipendente in buona fede venga licenziato, demansionato o comunque oggetto di altre misure discriminatorie, avrà diritto al reintegro nel posto di lavoro e al risarcimento dei danni. Inoltre, modificando il *Federal Criminal Code*, il datore di lavoro responsabile di provvedimenti discriminatori rischia anche sanzioni penali.

Gli scandali finanziari del 2008, però, hanno messo in luce la debolezza del sistema nel prevenire le frodi e l'inadeguatezza nel tutelare gli investitori, che non essendo dipendenti, non avevano titolo per segnalare o essere tutelati. Di conseguenza, proprio allo scopo di ripristinare una fiducia ormai gravemente intaccata, nel 2010 il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* è intervenuto per promuovere la stabilità finanziaria degli Stati Uniti, aumentando la *accountability* e trasparenza nel sistema finanziario. Tra le varie misure adottate, il *Whistleblower Program* mira a incentivare le segnalazioni riguardanti eventuali violazioni del

⁷³ Come affermato ad esempio nel caso *Lachance v. White* del 1999, in cui il giudice aveva disposto che il segnalante avrebbe dovuto dimostrare quanto asserito adducendo prove inconfutabili (cfr. *Lachance v. White* No. 98-3249, 174 F.3d 1378, <https://casetext.com/case/lachance-v-white>).

⁷⁴ Cfr. R.E. MOBERLY, *Unfulfilled Expectations: an Empirical Analysis of Why Sarbanes-Oxley Whistleblowers Rarely Win*, in *William and Mary Law Review*, 49, 2007, pp. 65-155; G.C. RAPP, *op. cit.*, pp. 73-152. Vedi anche T. M. DWORKIN, *SOX and Whistleblowing*, in *Michigan Law Review*, 105(8), 2007, pp. 1757-1780.

⁷⁵ Fino a quel momento la tutela del *whistleblower* nel settore privato era molto debole e circoscritta a un ambito di applicazione molto limitato.

⁷⁶ C. ESTLUND, *Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation*, in *Columbia Law Review*, 105(2), 2005, p. 327.



Commodity Exchange Act. In questi casi, non solo viene garantita la riservatezza del segnalante (a condizione che sia rappresentato da un avvocato, e in ogni caso la sua identità verrà resa nota al momento della corresponsione del premio) e la tutela contro misure ritorsive, ma viene anche corrisposto un premio in denaro che varia dal 10 al 30% sul totale della sanzione raccolta⁷⁷. Il meccanismo premiale però viene attivato solo se l'ente federale preposto alla vigilanza sul mercato finanziario, la *Securities and Exchange Commission*, a seguito della segnalazione e dell'esito positivo del successivo giudizio irroga una sanzione superiore al milione di dollari.

Va specificato poi un dato importante: la logica premiale prevista dal *Whistleblower Program* si fonda su presupposti diversi rispetto al FCA dato che non attiva alcuna possibilità per il segnalante di diventare *relator*: se il FCA si fonda sul sistema del *qui tam*, e quindi il segnalante può agire in giudizio sostituendosi allo Stato, nel meccanismo previsto dal *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* succede qualcosa di molto più semplice: vengono pagate le informazioni secondo il meccanismo *cash for information*⁷⁸.

È un sistema che funziona? I dati sembrerebbero confermarlo, dato che dal 2012, anno in cui la SEC ha corrisposto il primo premio, a oggi, sono stati elargiti a 207 *whistleblower* ricompense per un totale di un miliardo di dollari⁷⁹, a fronte di sanzioni erogate dalla SEC per ben 4,8 miliardi di dollari. Considerando l'enorme cifra recuperata, il miliardo di dollari andato in premi ai *whistleblower* sembrerebbe quindi assolutamente ben speso.

5. Considerazioni conclusive.

Come si è visto, nel panorama giuridico internazionale si contrappongono due modelli giuridici opposti: da una parte quello che potremmo definire più etico e rigoroso, proposto dal PIDA britannico qui descritto (e condiviso sostanzialmente nelle legislazioni europee, compresa quella italiana), e dall'altra quello decisamente più pragmatico statunitense, che vede nella premialità il suo elemento caratteristico. Se è vero che scopo del comparatista è anche individuare le soluzioni migliori proposte dai diversi ordinamenti, in questo caso però è molto difficile scegliere quale modello funziona meglio in astratto, e quale potrebbe funzionare meglio nel nostro ordinamento, dato che entrambi presentano evidenti punti di forza, ma anche palesi

⁷⁷ L'oscillazione di valore dipende da variabili quali l'importanza delle informazioni contenute nella segnalazione, l'assistenza fornita dal *whistleblower* e l'utilizzo o meno di canali interni. Viceversa, determina la riduzione del premio l'eventuale colpa del *whistleblower*, un irragionevole ritardo nell'effettuare la segnalazione, e l'interferenza con l'attività dei canali di segnalazione interna

⁷⁸ G.C. RAPP, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁹ Nell'ottobre 2020 è stato corrisposto il premio record di 114 milioni di euro a un "whistleblower che si è comportato in modo straordinario", ma ovviamente non si possono conoscere i dettagli della vicenda, vista la garanzia di anonimato riconosciuta a chi segnala. Nel settembre 2021, è stato corrisposto un'altra ricompensa record da 110 milioni di dollari.



criticità, e che si possono rischiare ingenui sovrapposizioni o parallelismi inopportuni.

Il modello statunitense sicuramente incentiva molto le segnalazioni, non limitandosi a tutelare chi denuncia, ma arrivando a premiarlo. Ciò dipende anche dalla diversa natura dell'istituto: se da noi il *whistleblower* si limita a segnalare un fatto illecito alle autorità competenti (Responsabile per la prevenzione della corruzione e trasparenza, o direttamente all'ANAC), nel sistema previsto dal *False Claims Act* chi segnala va direttamente in giudizio, come *relator*, nel nome degli Stati Uniti, e soprattutto deve provare quanto asserito. Viene quindi chiesto al *relator* un impegno molto forte, per poter accedere agli incentivi previsti dal sistema statunitense, incentivi che di fatto poi non gravano sulla finanza dello Stato, ma che vengono ricavati dalle somme recuperate con le sanzioni. L'impegno del *whistleblower* si sostituisce quindi a quello dello Stato che in questo modo risparmia tempo e risorse affidando al cittadino le attività investigative⁸⁰. Certo, si tratta di un'emblematica rappresentazione di un processo di privatizzazione della giustizia che può giustamente lasciare perplessi.

Allo stesso tempo può lasciare perplessi il fatto che si arrivi a "monetizzare" la virtù civica: se è vero che il *whistleblowing* è un atto di "resistenza etica"⁸¹, chi assiste a qualcosa di scorretto dovrebbe sentirsi moralmente costretto a denunciare, e non girarsi dall'altra parte alimentando in questo modo un circolo vizioso di omertà e connivenze.

Ma soprattutto va considerato l'ulteriore effetto negativo: cioè i rischi legati alla distorsione del significato etico dell'istituto, dato che un interesse economico potrebbe spingere le persone a segnalazioni false o pretestuose. In passato ciò è successo negli Stati Uniti e questo è forse il motivo per cui sarebbe molto difficile recepire un meccanismo premiale nel nostro ordinamento.

Perché se non si interviene prontamente con lo stroncare le segnalazioni false, si rischia di mettere in discussione tutto il sistema, che perderebbe inevitabilmente di credibilità e autorevolezza.

Ovviamente poi va specificato che la recezione del modello statunitense nel nostro ordinamento non sarebbe realmente possibile, visto i presupposti completamente diversi su cui si basa la disciplina del *whistleblower*, considerando che tale diversità non riguarda soli i fattori giuridici, ma anche quelli metagiuridici.

Il modello "etico", che pone al centro il dovere del lavoratore di denunciare perché è l'interesse pubblico a imporlo, solleva tuttavia altre criticità. Nonostante gli indubbi passi in avanti fatti dal legislatore (anche nell'ordinamento italiano) rimane infatti reale la preoccupazione di chi denuncia, di subire conseguenze negative. Come si è visto, le varie leggi analizzate prevedono una tutela da eventuali atti ritorsivi, ma

⁸⁰ È anche vero però che lo Stato può scegliere di prendere parte al processo riducendo così il margine di azione del *relator* e di conseguenza anche l'ammontare della ricompensa.

⁸¹ M.P. GLAZER, P.M. GLAZER, *op. cit.*, p. 304.

questa tutela interviene comunque successivamente, e il *whistleblower* inevitabilmente si troverà a vivere una situazione di grosso disagio e stress. Al netto di tutte le misure anti-ritorsione, dall'annullamento dell'atto ritorsivo, al reintegro in caso di licenziamento, e anche al risarcimento in caso di danni, non si può negare che il *whistleblower* dovrà comunque affrontare delle difficoltà. La domanda da porsi è quindi la seguente: è giusto che le conseguenze negative di una segnalazione impattino così fortemente sulla vita personale e familiare⁸² di una persona che ha semplicemente scelto di fare la "cosa giusta" e suo malgrado diventa vittima di isolamento e ostracismo nel migliore dei casi?

Pagare la sua onestà per monetizzare il suo sacrificio probabilmente non è la cosa migliore da fare. Ma forse si potrebbe immaginare una via di mezzo?

Ad esempio: un premio simbolico, reputazionale, che aiuti il *whistleblower* a sentirsi valorizzato e apprezzato per la sua scelta, e che tolga ogni connotazione negativa alla segnalazione che, una volta per tutte, non deve essere minimamente confusa con la delazione⁸³.

Ma si potrebbe anche immaginare un premio economicamente misurabile, purché di piccola entità, che possa in certa misura ricompensare lo sforzo, senza però arrivare a incentivare segnalazioni in cattiva fede o pretestuose, fatte unicamente per ottenere la ricompensa.

Il problema in questo caso potrebbe essere la riservatezza della sua identità: un riconoscimento reputazionale o economico esporrebbe il *whistleblower* alla perdita dell'anonimato, a meno che non si riesca a riprodurre i meccanismi previsti dalla SEC statunitense, che dà grande copertura mediatica ai premi milionari, senza però mai rivelare né l'identità del segnalante, né i fatti segnalati.

Perché di fondo il problema è proprio questo: la premialità può indurre a peggiorare la considerazione negativa di cui gode ancora l'istituto. Ad esempio, con riferimento all'ordinamento italiano, già oggi è grande la preoccupazione che (pur in assenza di una premialità) ci possano essere segnalazioni in cattiva fede, a scopo ritorsivo o per interessi personali confliggenti con l'interesse pubblico. Ed è proprio il timore di un uso distorto del *whistleblowing* a rallentarne la sua circolazione e diffusione, anche solo a livello di dibattito pubblico, oltre al problema culturale di recepire un istituto considerato comunque alieno all'esperienza giuridica italiana.

Per questo motivo, forse, nell'attesa che l'istituto si radichi nella coscienza sociale e culturale⁸⁴ prima ancora che giuridica italiana, occorre trovare il modo per renderlo

⁸² Non è un caso che la Direttiva (Considerando 41 e art. 4) prevede anche la tutela dei facilitatori e dei parenti del *whistleblower*.

⁸³ Sul punto, cfr. N. PARISI, *La funzione del whistleblower*, cit., p. 9.

⁸⁴ Per fare questo occorre uno sforzo educativo e formativo notevole da parte dello Stato, che deve intervenire in tempi precoci sui cittadini (e dipendenti) del futuro, partendo quindi già dalla scuola primaria, se non addirittura da quella materna, per scardinare i preconcetti e pregiudizi che purtroppo rendono ancora oggi difficile

più attraente agli occhi del potenziale segnalante. La tutela della riservatezza e la protezione contro gli atti ritorsivi sono condizioni preliminari, necessarie, ma non sufficienti. Un riconoscimento formale e simbolico allo sforzo compiuto dal *whistleblower* potrebbe forse essere un elemento innovativo in grado di incentivare le segnalazioni.

Ma ancora di più, un reale sostegno al potenziale *whistleblower*, sin dall'inizio della vicenda, come già previsto in parte dalla Direttiva 2019/1937: qualcuno che lo supporti concretamente ed emotivamente durante il dilemma etico, che lo aiuti a formulare correttamente la segnalazione, che lo sostenga durante tutto l'iter, che può essere lungo e complicato. E in questo contesto appare fondamentale il ruolo delle organizzazioni della società civile, che già fanno molto in tal senso⁸⁵, con iniziative sicuramente molto importanti, ma che andrebbero rafforzate, valorizzate e in certo senso istituzionalizzate (magari attraverso un collegamento diretto sui siti delle amministrazioni, o dell'ANAC).

Un forte coinvolgimento della società civile in questo ambito, infatti, potrebbe avere una serie di effetti virtuosi, come accade ad esempio nel Regno Unito grazie all'attività della già citata fondazione *Protect*⁸⁶ che ogni anno assiste circa 3000 *whistleblower* e fornisce anche assistenza legale.

Oppure, si potrebbe prendere in considerazione l'esempio olandese, dove è un ente pubblico, la cosiddetta "Casa del whistleblower⁸⁷", a occuparsi in modo specifico di seguire e accompagnare il dipendente in tutto il percorso che dal dilemma etico lo porta fino alla segnalazione, in modo da non lasciarlo solo.

Forse potrebbero essere questi i modelli da importare?

l'atteccimento dell'istituto. Sul punto rinvio a V.M. DONINI, *Policy Brief: Ampliamento della missione istituzionale della SNA nella strategia di contrasto alla corruzione: una proposta*, SNA, 2022, in corso di stampa.

⁸⁵ Si pensi ad esempio alla linea telefonica gratuita promossa da Libera "Linea Libera", rivolta a potenziali *whistleblower* che si trovano in una situazione di dilemma etico, o alla piattaforma ALAC – Allerta anticorruzione di Transparency International. Cfr. L. FERRANTE, A. VANNUCCI, *Anticorruzione Pop: è semplice combattere il malaffare se sai come farlo*, Torino, 2017.

⁸⁶ <https://protect-advice.org.uk/>

⁸⁷ *Wet Huis voor klokkenluiders*, l'Autorità olandese per i *whistleblower* è stata istituita nel 2016, ed è articolata in due sezioni, una consultiva e una investigativa. La sezione consultiva ha il compito di accompagnare i potenziali segnalanti in tutto l'iter della segnalazione, fornendo consulenze, informazioni e supporto legale (senza arrivare però alla rappresentazione in giudizio), ma anche sostegno psicosociale. La sezione investigativa, invece, su richiesta del dipendente avvia l'indagine sui fatti segnalati e può anche controllare il comportamento del datore di lavoro a seguito della segnalazione. Per un'interessante indagine comparatistica cfr. K. LOYENS, W. VANDEKERCKHOVE, *The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study*, Utrecht, 2018.